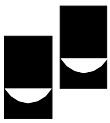
Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Abteilung III
C-1098/2009
{T 0/2}

Urteil vom 10. Mai 2010

Besetzung

Richter Antonio Imoberdorf (Vorsitz),
Richterin Ruth Beutler, Richterin Elena Avenati-Carpani,
Gerichtsschreiber Jürg Tiefenthal.

Parteien

Z._____,
vertreten durch Barzloo Treuhand GmbH,
Barzloostrasse 20, 8330 Pfäffikon ZH,
Beschwerdeführerin,

gegen

Bundesamt für Migration (BFM),
Quellenweg 6, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Einreiseverbot.

Das Bundesverwaltungsgericht stellt fest,

dass die bulgarische Staatsangehörige Z._____ (geboren am 5. April 1987, nachfolgend: Beschwerdeführerin) Ende September 2008 von Österreich kommend in die Schweiz einreiste,

dass die Beschwerdeführerin sich ununterbrochen in der Schweiz aufgehielt, bis sie am 20. Januar 2009 anlässlich einer Kontrolle durch den Fahndungs- und Aktionsdienst der Kantonspolizei Zürich im Club "S._____" in Effretikon/ZH angehalten und in Polizeiverhaft genommen wurde,

dass nach Abschluss des daraufhin eingeleiteten Strafverfahrens die Beschwerdeführerin mit Strafbefehl vom 21. Januar 2009 des rechtswidrigen Aufenthalts sowie der Ausübung einer nicht bewilligten Erwerbstätigkeit für schuldig befunden und mit einer bedingten Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu Fr. 30.- unter Ansetzung einer zweijährigen Probezeit sowie einer Busse von Fr. 800.- bestraft wurde,

dass das Migrationsamt des Kantons Zürich gleichentags die Wegweisung von Z._____ aus dem Schengenraum verfügte,

dass das Bundesamt für Migration (BFM) mit Verfügung vom 21. Januar 2009 gegen die Beschwerdeführerin ein bis zum 23. Januar 2011 gültiges Einreiseverbot wegen illegalen Aufenthalts und Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung verhängte,

dass die Vorinstanz gleichzeitig einer allfälligen Beschwerde gegen das von ihr verfügte Einreiseverbot vorsorglich die aufschiebende Wirkung entzog,

dass die Beschwerdeführerin am 25. Januar 2009 nach Sofia (Bulgarien) ausreiste,

dass die Beschwerdeführerin – vertreten durch die Barzloo Treuhand GmbH – mit Rechtsmitteleingabe vom 19. Februar 2009 an das Bundesverwaltungsgericht die Aufhebung des Einreiseverbots beantragt, und zwar im Wesentlichen mit der Begründung, die Verzeigung und die Ausweisung seien nicht gerechtfertigt, da die Anschuldigungen grösstenteils nicht zuträfen und aufgrund von Kommunikationsproblemen falsch dargestellt worden seien,

dass die Parteivertreterin ausserdem die Frage aufwirft, inwiefern die Ausweisungsverfügung aufgehoben werden könne, da inzwischen die Schweiz der Erweiterung der Personenfreizügigkeit auf Bulgarien und Rumänien zugestimmt habe,

dass das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerdeführerin mit Zwischenverfügung vom 2. März 2009 aufforderte, innert angesetzter Frist ein begründetes Rechtsbegehren zu stellen sowie einen Kostenvorschuss von Fr. 600.- in der Höhe der mutmasslichen Verfahrenskosten zu leisten,

dass die Beschwerdeführerin mit Beschwerdeverbesserung vom 9. März 2009 sinngemäss das Rechtsbegehren stellte, das vorinstanzlich verfügte Einreiseverbot sei aufzuheben,

dass die Beschwerdeführerin geltend macht, sie sei in der fraglichen Zeit zwecks Urlaubs in der Schweiz gewesen und im Ausländerclub "S._____" vorstellig geworden, da sie die Betreiber des Clubs von früher kenne; es sei nie ihre Absicht gewesen, sich unrechtmässig in der Schweiz aufzuhalten, sondern sie sei vielmehr auf der Suche nach Arbeit gewesen und habe den Ausreisetermin verpasst,

dass die Parteivertreterin darauf hinweist, es hätten inzwischen diverse Abklärungen stattgefunden und der Clubbetreiber wäre bereit, die Beschwerdeführerin vertraglich anzustellen,

dass die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung vom 27. April 2009 erklärt, an der angefochtenen Verfügung festzuhalten, und zwar mit der Begründung, die vom Volk angenommene Ausdehnung des Freizügigkeitsabkommens auf Bulgarien und Rumänien vermöge nichts an ihrem Entscheid zu ändern, da dieses doch schrittweise mit Kontingenten und einer vorgängigen Prüfung der arbeitsmarktlichen Zulassungsvoraussetzungen umgesetzt werde und bei der Beschwerdeführerin – im Gegensatz zu den Angehörigen der alten EU-Mitgliedstaaten – weiterhin eine Wiederholungsgefahr (Schwarzarbeit, rechtswidriger Aufenthalt) gegeben sei,

dass die Beschwerdeführerin vom gewährten Recht zur Stellungnahme innert angesetzter Frist keinen Gebrauch machte,

und erwägt,

dass gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen im Sinne von Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) beurteilt, sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt,

dass als Vorinstanzen die in Art. 33 VGG genannten Behörden gelten, wozu auch das BFM gehört, das mit der Anordnung eines Einreiseverbots eine Verfügung im erwähnten Sinne und daher ein zulässiges Anfechtungsobjekt erlassen hat,

dass das Rechtsmittelverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht sich nach dem VwVG richtet, soweit das Verwaltungsgerichtsgesetz nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG),

dass die Beschwerdeführerin als Adressatin der Verfügung zur Beschwerde legitimiert ist (Art. 48 Abs. 1 VwVG), weshalb auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde einzutreten ist (Art. 50 und 52 VwVG),

dass das Bundesverwaltungsgericht in vorliegender Sache endgültig entscheidet (Art. 83 Bst. c Ziff. 1 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 ([BGG, SR 173.110]),

dass mit Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes sowie – soweit nicht eine kantonale Behörde als Beschwerdeinstanz verfügt hat – die Unangemessenheit gerügt werden kann (Art. 49 VwVG),

dass das Bundesverwaltungsgericht das Bundesrecht von Amtes wegen anwendet, und dass es gemäss Art. 62 Abs. 4 VwVG nicht an die Begründung der Begehren gebunden ist und die Beschwerde auch aus anderen als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder abweisen kann, wobei grundsätzlich die Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt seines Entscheides massgebend ist (vgl. E. 1.2 des in BGE 129 II 215 teilweise publizierten Urteils 2A.451/2002 vom 28. März 2003),

dass mit Inkrafttreten des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG, SR 142.20) am 1. Januar 2008 das ehemalige Bundesgesetz vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG, BS 1 121) abgelöst wurde,

dass das in Art. 67 AuG geregelte Einreiseverbot der altrechtlichen Einreisesperre von Art. 13 ANAG entspricht,

dass nach Art. 67 Abs. 1 Bst. a AuG das BFM gegen ausländische Personen, die gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz oder im Ausland verstossen haben oder diese gefährden, ein Einreiseverbot verfügen kann,

dass das Einreiseverbot – wie bereits die altrechtliche Norm – keine Sanktion für vergangenes Fehlverhalten, sondern eine Massnahme zur Abwendung einer künftigen Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung darstellt (siehe Botschaft zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 8. März 2002, BBl 2002 3813),

dass folglich eine Zuwiderhandlung gegen ausländerrechtliche Bestimmungen ein Einreiseverbot nach sich ziehen kann,

dass die Beschwerdeführerin mit Strafbefehl vom 21. Januar 2009 des rechtswidrigen Aufenthalts sowie der Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung für schuldig befunden wurde und somit die Voraussetzungen von Art. 67 Abs. 1 Bst. a AuG grundsätzlich erfüllt sind,

dass das Schweizer Volk die Weiterführung des Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (FZA, SR 0.142.112.681) sowie dessen Ausdehnung auf die neuen EU-Mitgliedstaaten Bulgarien und Rumänien an der Volksabstimmung vom 8. Februar 2009 beschlossen hat,

dass das Protokoll zum FZA (Protokoll II, SR 0.142.112.681.1) betreffend die Ausdehnung der Freizügigkeit auf Bulgarien und Rumänien am 1. Juni 2009 in Kraft getreten ist,

dass die Beschwerdeführerin mit bulgarischer Staatsangehörigkeit für die Zeitspanne vor dem 1. Juni 2009 für sich keine Rechte aus dem FZA ableiten kann,

dass vor einer allfälligen materiellrechtlichen Beurteilung in formeller Hinsicht zu prüfen ist, ob die Vorinstanz mit dem Erlass der angefochtenen Verfügung nicht das rechtliche Gehör verletzt hat – was die Beschwerdeführerin mit ihrem Vorbringen, die aufgeführten Anschuldigungen träfen grösstenteils nicht zu und seien durch Kommunikationsprobleme falsch dargestellt worden – denn auch implizite rügt,

dass der Anspruch auf rechtliches Gehör, wie ihn Lehre und Rechtsprechung aus Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) ableiten und wie er sich für das Bundesverwaltungsverfahren aus den Art. 29 ff. VwVG ergibt, eine Anzahl verschiedener verfassungsrechtlicher Verfahrensgarantien umfasst (vgl. anstatt vieler ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl. Zürich 1998, Rz. 129 ff. und 292 ff.),

dass für die Prozessparteien regelmässig das Recht auf vorgängige Äusserung und Anhörung (vgl. Art. 30 Abs. 1 VwVG), welches den Betroffenen einen Einfluss auf die Ermittlung des wesentlichen Sachverhalts sichert, im Vordergrund steht,

dass dabei der von einem Verfahren betroffenen Person der Anspruch zukommt, sich vorgängig zu allen wesentlichen Punkten einer behördlichen Anordnung, welche die Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes betreffen, zu äussern und von der betreffenden Behörde alle dazu notwendigen Informationen zu erhalten (vgl. BVGE 2007/21 E. 10.2),

dass es im Weiteren die Pflicht der Behörden ist, die Äusserungen der Betroffenen tatsächlich zur Kenntnis zu nehmen und sich damit in der Entscheidfindung und -begründung sachgerecht auseinanderzusetzen, was bereits Art. 30 VwVG zu Grunde liegt, aber besonders deutlich in Art. 32 Abs. 1 VwVG zum Ausdruck kommt, der bestimmt, dass die Behörde alle erheblichen und rechtzeitigen Vorbringen der Parteien würdigt, bevor sie verfügt (BERNHARD WALDMANN/JÜRG BICKEL, in Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, Zürich 2009, Art. 29 N 80 ff. u. Art. 32 N 7 ff.; KÖLZ/HÄNER, a.a.O., Rz. 325),

dass daraus schliesslich die grundsätzliche Pflicht der Behörden folgt, ihren Entscheid zu begründen (siehe BVGE 2007/21 E. 10.2 mit Hinweisen),

dass auf den Gehörsanspruch als solchen nicht verzichtet werden kann,

dass im Beschwerdeverfahren von Amtes wegen zu überprüfen ist, ob das rechtliche Gehör gewährt worden ist (vgl. KÖLZ/HÄNER, a.a.O., Rz. 130),

dass der Antrag des Migrationsamtes des Kantons Zürich um Erlass eines Einreiseverbotes am 21. Januar 2009 um 13.54 Uhr per E-Mail an das BFM übermittelt wurde,

dass die Vorinstanz die beantragte Fernhaltemassnahme noch am gleichen Tag über der Beschwerdeführerin verhängte und dies der zuständigen Migrationsbehörde übermittelte,

dass daraufhin das Migrationsamt die Wegweisungsverfügung/Ausreiseaufforderung gegenüber Z._____ erliess, und zwar u.a. mit der Weisung an die Kantonspolizei, der Beschwerdeführerin das Einreiseverbot zuzustellen bzw. zu eröffnen und insbesondere ihr hierzu das rechtliche Gewähr zu gewähren (vgl. Fax-Sendebericht vom 21. Januar 2009, 15.50 Uhr),

dass gemäss Akten der Vorinstanz sowie des Kantons weder eine von der Beschwerdeführerin unterzeichnete Empfangsbestätigung des Einreiseverbotes noch eine der eröffneten Wegweisungsverfügung vorliegen und im Besonderen auch kein Einvernahmeprotokoll der Kantonspolizei betreffend Eröffnung des Einreiseverbotes und Gewährung des rechtlichen Gehörs existiert,

dass aufgrund der obgenannten Ausführungen feststeht, dass die Beschwerdeführerin keine Gelegenheit erhielt, zu der von der Vorinstanz ins Auge gefassten Fernhaltemassnahme vorgängig Stellung zu nehmen,

dass keine Gefahr im Verzuge war und somit die Bestimmung von Art. 30 Abs. 2 Bst. e VwVG keine Anwendung findet,

dass die Vorinstanz gehalten gewesen wäre, entweder selbst die Beschwerdeführerin über das laufende Verfahren zu orientieren und ihr die Gelegenheit zu geben, sich dazu zu äussern, oder aber zumindest durch entsprechende Nachforschungen bei den kantonalen Behörden sicherzustellen, dass ihr das Anhörungsrecht rechtzeitig (d.h. vor Erlass der Massnahme) gewährt wird (siehe hierzu Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-31/2007 vom 14. Oktober 2009 E. 5.1), was jedoch beides nicht geschah,

dass die Vorinstanz somit mit der Verhängung des Einreiseverbotes hätte zuwarten müssen, da die Betroffene zu keinem Zeitpunkt die Möglichkeit hatte, sich vorgängig zum Verfügungserlass zu äussern und damit Einfluss auf die Ermittlung des rechtserheblichen Sachverhalts zu nehmen,

dass der Anspruch auf rechtliches Gehör formeller Natur ist und seine Verletzung grundsätzlich – ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde in der Sache selbst – zur Aufhebung der angefochtenen Verfügung führt,

dass es somit keine Rolle spielt, ob eine Gehörsgewährung im konkreten Fall für den Ausgang der Streitsache in materieller Hinsicht von Bedeutung ist, d.h. ob die Behörde dadurch zu einer Änderung veranlasst werden könnte (vgl. PATRICK SUTTER in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Zürich/St. Gallen 2008, Rz. 16 zu Art. 29 VwVG; ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Lausanne/Zürich/Bern 2008, S. 153 Rz. 3.110; BGE 132 V 387 E. 5 S. 390; BGE 127 V 431 E. 3d.aa; BVGE 2007/27 E. 10.1; BVGE 2007/30 E. 5.5.1, Urteil der Schweizerischen Asylrekurskommission vom 8. Juni 2004, veröffentlicht in VPB 69.28 E. 7e),

dass die Verletzung des rechtlichen Gehörs in casu einer Heilung nicht zugänglich ist, da es sich um eine schwerwiegende Verletzung der Parteirechte handelt, mithin die Voraussetzungen einer ausnahmsweisen Heilung nicht gegeben sind,

dass sodann die Gehörsverletzung keinen Einzelfall darstellt (siehe etwa die Urteile des Bundesverwaltungsgerichts C-31/2007 vom 14. Oktober 2009, C-8027/2008 vom 2. September 2009, C-8304/2007

vom 2. September 2009, C-1618/2007 vom 27. Februar 2009, C-3985/2007 vom 2. Februar 2009 oder C-7180/2007 vom 8. April 2008),

dass die angefochtene Verfügung somit Bundesrecht verletzt (Art. 49 Bst. a VwVG) und die Beschwerde daher gutzuheissen und die Verfügung vom 21. Januar 2009 vollumfänglich aufzuheben ist,

dass bei diesem Ausgang des Verfahrens sich die materielle Beurteilung der vorgebrachten Rügen aufgrund der nachstehenden Erwägungen erübrigt,

dass es wegen der inzwischen geänderten Rechtslage – d.h. nach Inkrafttreten des Protokolls II zum FZA – auch keinen Raum mehr für eine Rückweisung der Sache an das BFM zur Neubeurteilung gibt (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-8544/2007 vom 15. Oktober 2009 E. 3.2 und 7),

dass die Beschwerdeinstanz die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 63 Abs. 1 VwVG),

dass Vorinstanzen oder beschwerdeführenden und unterliegenden Bundesbehörden keine Verfahrenskosten auferlegt werden (Art. 63 Abs. 2 VwVG),

dass in casu somit keine Verfahrenskosten aufzuerlegen sind,

dass der am 17. März 2009 geleistete Kostenvorschuss der Beschwerdeführerin zurückzuerstatten ist,

dass gestützt auf Art. 64 VwVG i.V.m. Art. 7 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) der ganz oder teilweise obsiegenden Partei zu Lasten der Vorinstanz eine angemessene Parteientschädigung zuzusprechen ist, welche aufgrund der Akten auf Fr. 400.- festzusetzen ist.

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird gutgeheissen und die angefochtene Verfügung vom 21. Januar 2009 wird aufgehoben.

2.
Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 600.- wird der Beschwerdeführerin zurückerstattet.

3.
Die Vorinstanz wird verpflichtet, der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung von Fr. 400.- (inkl. MWST) zu entrichten.

4.
Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtskurkunde; Beilage: Formular "Zahladresse")
- die Vorinstanz (Akten ZEMIS [...] retour)
- das Migrationsamt des Kantons Zürich in Kopie (Akten Ref.-Nr. ZH [...] retour)

Der vorsitzende Richter:	Der Gerichtsschreiber:
Antonio Imoberdorf	Jürg Tiefenthal

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Die Rechtsschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: